Die Bedeutung des § 335 Ziffer 3 Z.P.O.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans-Joachim Denzin
Referendar in Rostock

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1927

Referent: Herr Geheimrat Dr. Wachenfeld.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 7
§ 2. Versäumnis des Beklagten 10
§ 3. Das tatsächliche mündliche Vorbringen und die Anträge des Klägers 11
§ 4. Die Rechtzeitigkeit der Mitteilung 16
§ 5. Die Schriftlichkeit der Mitteilung 18
§ 6. Die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines Versäumnisurteils 20
§ 7. Die Entscheidung nach Lage der Akten . . 22
§ 8. Das Versäumnisverfahren in den Fällen des § 347 Z.P.O. 26
§ 9. Das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz 30
§ 10. Das Versäumnisverfahren bei der Anschlußberufung 37
§ 11. Das Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz 38
§ 12. Das Versäumnisverfahren bei Ehesachen . . 43

Literaturverzeichnis.

Armstroff: Weglassen angekündigten Vorbringens als neues Vorbringen im Sinne des § 335, Ziff. 3 ZPO. in DJZ. 06/650.

Baumbach: Taschenausgabe d. neuen Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. Berlin 1927.

Birkmeyer: Zum Begriff der Verhandlung nach der Reichs-Zivilprozeß-Ordnung, in der Meckl. Zeitschrift f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft, Band 2, S. 140.

de Boor: Die Entscheidung nach Lage der Akten. Mannheim 1924.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer: Zur Literatur des Zivilprozesses, im Arch. für ziv. Praxis, Bd. 70, S. 321.

Fischer: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß- und Konkurs-Rechts, Berlin 1918.

Fitting: Ueber die Bedeutung der Ausdrücke „Antrag" und „Gesuch" in der Zivilprozeßordnung, in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 7, S. 229.

Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1913 und 1926.

Gros: In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Bd. 7, S. 356.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd. Materialien zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1879/1880.

Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, München 1886.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.

Kann: Die Entscheidung nach Lage der Akten in der JW. Bd. 24, S. 383.

Kapp: Zur Auslegung des § 300 der Zivilprozeßordnung. Stuttgart 1896.

Klein: Findet § 653 der Zivilprozeßordnung auch im Versäumnisverfahren Anwendung? In Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 45, S. 373.

Klein: Vorläufige Vollstreckbarkeit bei Versäumnisurteilen in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 47, S. 401.

Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage, Berlin 1925.

Kulemann: In „Das Recht", Rundschau für den Deutschen Juristenstand, Jahrgang 03, S. 336.

Lippmann: Einrede der Rechtshängigkeit nach der neuen Zivilprozeßordnung, im Arch. für ziv. Prax., Bd. 65, S. 358.

Löhning: Die Voraussetzungen des Versäumnisverfahrens. Leipzig 1909.

Meyer: Anleitung zur Prozeßpraxis, 8. Aufl. Berlin 1910.

Meyer: In der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 9, S. 359.

Motive: Begründung von Entwurf III *).

Neubauer: In der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 17, S. 102.

Neucamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. Göttingen 1900.

Obermeyer: Die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Versäumnisurteilen, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 47, S. 258.

Pfeiffer: Unechte Versäumnisurteile in der DJZ. 05, Sp. 1056.

Planck: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Nördlingen 1887, München 1891 und 1896.

Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1927.

Rümelin: Klagänderung und Rechtskraft, im Arch. für ziv. Prax., Bd. 88, S. 87.

Schwalbach: Die Prozeßvoraussetzungen im Reichszivilprozeß, im Arch. für ziv. Prax. Bd. 63 S. 390.

Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. München 1904.

Skonietzki u. Gelpke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1911.

*) Nach der amtlichen Ausgabe in den Drucksachen des Reichstages zitiert, deren Seitenzahl in der von Hahn-Mugdan am Rande vermerkt sind.

Stein: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. Tübingen 1924.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 12. und 13. Aufl. Tübingen 1926.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung, begonnen von *Dr.* R. Sydow, fortgeführt von L. Busch und *Dr.* W. Krantz. Berlin, Leipzig 1926.
Trenkner: Die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Versäumnisurteilen in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 7, S. 257.
Troll: Das Versäumnisurteil nach der Reichszivilprozeßordnung. München 1887.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1879.
Wach: Die Zivilprozeßordnung und die Praxis. Leipzig 1886.
Wach: Wesen des Versäumnisurteils, Sachurteile oder Prozeßurteil? In Gruchots Beiträgen, Bd. 36, S. 1.

§ 1. Einleitung.

Das Versäumnisverfahren regelt die Folgen des Ausbleibens einer Partei in einem Termin zur mündlichen Verhandlung. Ihm liegt der Gedanke zu Grunde, daß durch das Ausbleiben der Fortgang des Prozesses nicht gehindert werden soll. Es handelt sich hierbei immer um das totale Versäumen eines Termins im Gegensatz zu der Versäumung, der Nichtvornahme einer bestimmten prozessualen Handlung. Dem Nichterscheinen einer Partei in einem Termin ist kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 333 Z.P.O. der Fall gleichgestellt, daß eine Partei im Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt, so daß die Versäumnis mit Wach als ein „Nichthandeln im Termin zur mündlichen Verhandlung" definiert werden kann[1]). Das auf Grund der Versäumnis einer Partei ergehende Urteil ist ein echtes Versäumnisurteil[2]), das von dem Säumigen gemäß § 338 Z.P.O. nur mit dem Einspruch angefochten werden kann. Andere bei Säumnis einer Partei ergehende Urteile, die nicht auf Grund der Säumnis, sondern trotz der Säumnis ergehen, weil z. B. das mündliche Vorbringen den Klageantrag nicht rechtfertigt, § 331 Abs. 2 S. 2 ZPO., sind kontradiktorische Urteile im Versäumnisverfahren oder unechte Versäumnisurteile[3]), die mit Berufung und Revision anzufechten sind.

---

1) Wach, Vorträge Seite 115.

2) Stein-Jonas, III 2 vor § 330.

3) Pfeifer, DJZ. 05/1056; Wach, Gruch. 36/1 ff.; Nach Hellwig Syst., § 198 II 2 *b* ist das ergehende Urteil ein gewöhnliches Urteil.

Ist eine Partei in einem Verhandlungstermin nicht erschienen, so kann die anwesende den Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die säumige Partei stellen. Für den Erlaß des Versäumnisurteils kommt es jedoch darauf an, wer ausgeblieben ist: ist der Kläger nicht erschienen, so geht das Versäumnisurteil dahin, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen ist, § 330 Z.P.O. Diese Folge tritt auf Grund des Gesetzes ein, ohne daß die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse geprüft werden[4]). Die Versäumnisfolge für den Kläger ist Anspruchsverlust. Ist der Beklagte nicht erschienen, so ist die Versäumnisfolge nicht die Annahme des Anerkenntnisses des Klageanspruches selbst, sondern die Annahme des Zugestehens des zur Begründung dienenden tatsächlichen mündlichen Vorbringens des Klägers. Soweit dieses den Klagantrag rechtfertigt, ist das Versäumnisurteil zu erlassen, im übrigen die Klage abzuweisen, § 331 Z.P.O. Inwieweit eine Rechtfertigung des klägerischen Vorbringens gegeben ist, unterliegt der freien rechtlichen Würdigung des Gerichts[5]). Die Versäumnisfolge für den Beklagten tritt jedoch nicht ohne weiteres ein, vielmehr ist der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils oder auf Erlaß einer Entscheidung nach Lage der Akten gemäß § 335 Abs. 1 Z.P.O. zurückzuweisen:

1. wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag.
2. Wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war.
3. Wenn der nichterschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht zeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war.

---

4) Es handelt sich um eine sachliche Abweisung, *absolutio ab actione*, wenn die Prozeßvoraussetzungen vorliegen; fehlen diese, so ergeht eine Prozeßabweisung *absolutio ab instantia*.

5) A. A. Rümelin, Arch. Ziv. Prax. 88/134.

Bei diesen Einschränkungen handelt es sich bei Ziffer 1 um alle sachlichen und formellen Voraussetzungen des Versäumnisurteils, die von Amts wegen zu prüfen sind, während Ziffer 2, die ordnungsmäßige, insbesondere rechtzeitige Ladung überhaupt Voraussetzung des Erlasses eines Versäumnisurteiles ist. Eine besondere Bedeutung gewinnt aber die Ziffer 3, nach der die Geständnisfolge des § 331 Z.P.O. sich nur auf das tatsächliche mündliche Vorbringen und die Anträge des Klägers bezieht, die dem Beklagten rechtzeitig vor dem Termin mittels Schriftsatzes mitgeteilt sind. Der Grundgedanke dieser Vorschrift ist der, daß einer Partei aus ihrem Nichterscheinen im Termin kein weiterer Nachteil erwachsen soll, als der, mit dem sie zufolge der rechtzeitigen Mitteilung der Erklärung des Gegners rechnen konnte und mußte[6]). Die Bedeutung dieser Vorschrift im einzelnen soll des näheren in den folgenden Ausführungen untersucht werden. Da das Versäumnisurteil gegen den Kläger gemäß § 330 Z.P.O. ohne Rücksicht auf das ergeht, was der Beklagte vorbringt, oder vorgebracht hätte, findet § 335 Z.P.O., also auch die Ziffer 3 des § 335 Z.P.O., bei Säumnis des Klägers keine Anwendung. Entsprechend der Säumnis des Klägers erster Instanz hat der § 335 Z.P.O. auch keine Gültigkeit bei Säumnis des Berufungs- und Revisionsklägers, des Widerklägers dessen, der einen Einspruch eingelegt hat, dessen, der Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens betreibt, so daß sich der § 335 Ziffer 3 Z.P.O. nur auf das Versäumnisverfahren gegen den Beklagten[7]) und Widerbeklagten aller Instanzen, bzw. den Antragsgegner bei Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens bezieht. Da aber gerade Gegenstand der Untersuchung der § 335 Ziffer 3 Z.P.O.

6) Hellwig, Syst. § 198 IV 1 *c*; Schwalbach, Arch. Ziv. Prax. 63/421.

7) Seuffert, § 335, Anm. 6; Stein-Jonas, § 335, Anm. I 3 *a*; Fitting, Z. 7/243; Neukamp § 335 *d*.

ist, ist im folgenden das Versäumnisverfahren gegen den Kläger außer acht zu lassen und demgemäß die Untersuchung nur auf das Versäumnisverfahren gegen den Beklagten zu erstrecken.

§ 2. Versäumnis des Beklagten.

Zunächst ist zu untersuchen, wann überhaupt eine Versäumnis des Beklagten vorliegt. Versäumnis ist Ausbleiben des Beklagten in einem Termin. Versäumt muß jedoch ein Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht werden [8]), so daß ein Ausbleiben in dem Termin zur Urteilsverkündung, § 310 Z.P.O., zur Tatbestandsberichtigung, § 320 ZPO., zum Sühnetermin, § 296 Z.P.O., zur Eidesleistung, § 467 Z.P.O., zur Erklärung über Urkunden, § 510 Z.P.O., oder zur Abnahme des Offenbarungseides, §§ 889, 901 Z.P.O. ein Versäumnisurteil nicht nach sich zieht. Ist der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht angeordnet, so ist dieser Verhandlungstermin gemäß §§ 367, 370, 332 Z.P.O. vom Schluß der Beweisaufnahme an, erst dann kann auf Antrag Versäumnisurteil erlassen werden. Die Versäumnisfolgen treten, da der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung gilt, in diesem Falle so ein, wie im ersten Termin, d. h. es bleiben die Ergebnisse der Beweisbeschlüsse wie der Beweisaufnahme unberücksichtigt, sie erlangen erst wieder Bedeutung durch Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil. Ferner bleiben außer Betracht gerichtliche Geständnisse Anerkenntnisse und Verzichte; eine Beschränkung bildet lediglich der § 318 Z.P.O., nachdem das Gericht an die Entscheidungen seiner End- und Zwischenurteile gebunden ist [9]). Unter Verhandlung ist nach Auslegung des Reichsgerichts [10]) die Tätig-

8) Stein-Jonas II vor § 330.

9) Stein, Grundriß § 69 III 2; Hellwig, Syst. § 198 II 3.

10) RG. 10/389.

keit einer Partei zu verstehen, durch die sie „die tatsächlichen Umstände, rechtlichen Ausführungen und Anträge vorbringt, durch welche sie eine ihren Absichten entsprechende Entscheidung des Richters herbeiführen will".

Bestritten ist der Fall, ob die beklagte Partei, wenn sie erscheint, aber nicht verhandelt, als nichterschienen im Sinne des § 335 Ziffer 3 Z.P.O. zu betrachten sei. Diese Frage ist zu bejahen, denn durch § 333 Z.P.O. ist das Nichtverhandeln dem Nichterscheinen generell gleichgestellt[11]). Weiter ist Versäumnis auch dann gegeben, wenn im Anwaltsprozeß die beklagte Partei ohne den nach § 78 Z.P.O. notwendigen Anwalt erscheint oder wenn ein Ausländer mangels Zahlung des nach § 85 G.K.G. erforderlichen Vorschusses nicht zur Verhandlung zugelassen wird. Schließlich steht ein vorzeitiges Sichentfernen aus der Verhandlung dem Nichterscheinen gleich. Nicht hierher gehört der Fall, daß die Partei nicht vollständig verhandelt; nach § 334 Z.P.O. finden dann im Gegensatz zu § 333 Z.P.O., der allerdings ein völliges Nichtverhandeln voraussetzt, die Vorschriften über das Versäumnisverfahren keine Anwendung[12]).

§ 3. Das tatsächliche mündliche Vorbringen und die Anträge des Klägers.

§ 335 Ziffer 3 Z.P.O. lautet:

„Der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils oder eine Entscheidung nach Lage der Akten ist zurückzuweisen:

3. wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt ist."

Da nach § 335 Ziffer 3 in Verbindung mit § 331

11) Troll 58/60; a. A. Wach, Vorträge, S. 138/39.
12) Kleinfeller, Lehrbuch § 110 II 4 *b*.

Z.P.O. das Geständnis des Beklagten nur insoweit fingiert wird, wie das tatsächliche mündliche Vorbringen oder ein Antrag des Klägers ihm rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt ist, muß das klägerische Vorbringen den Klagantrag rechtfertigen bzw. unterstützen, d. h. die Klage muß zulässig und schlüssig begründet sein; nur unter dieser Voraussetzung kann der Kläger ein Versäumnisurteil erlangen. Die Versäumnisfolge erstreckt sich also auf das gesamte tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers nur mit der Einschränkung des vorher rechtzeitig mitgeteilten. Nicht von der Geständnisfiktion ergriffen werden bloße Rechtsausführungen[13]) und von Amts wegen zu berücksichtigende Punkte. Was ist unter „tatsächlichem mündlichem Vorbringen oder Antrag" zu verstehen? Das tatsächliche mündliche Vorbringen sind die zur Begründung des Klagantrages vorzutragenden Tatsachen, während unter Antrag nur die positiven Sachanträge zu verstehen sind, so daß negative Sachanträge[14]) und Prozeßbitten nicht unter § 335 Ziffer 3 fallen. Sachantrag ist dasjenige Parteibegehren, das zum Ausdruck bringt, was die Parteien vom Richter durch End- oder Zwischenurteil entschieden haben wollen[15]). Negative Sachanträge sind solche, die gegenüber der Klage ein geringeres enthalten wie Klagermäßigungs- oder Klagerledigungsanträge, Prozeßbitten sind Prozeßleitungsanträge[16]), Beweisanträge[17]) und Gesuche, und schließlich Zurückweisungsanträge. Kein Sachantrag, sondern Prozeßbitte ist der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils, er braucht daher dem säumigen Beklagten nicht vorher mitgeteilt zu werden[18]). Im Gegensatz hierzu sind positive Sachanträge die sich auf die vor-

13) Troll, S. 102.
14) RG. 88/67.
15) Skonietzki u. Gelpke, § 335 Anm. 10.
16) Birkmeyer, Meckl. Z. 2/192.
17) RG. in JW. 85/66 III.
18) Mot. 232; Troll 60; Fitting Z. 7/243; RG. 31/404.

läufige Vollstreckbarkeit beziehenden [19]), Klagerweiterungs-, Klagumwandlung- und Wiedereinsetzungs-Anträge [20]), mithin alle die, die sich auf den Inhalt des zu erlassenden Urteils beziehen. Hinsichtlich der bei einem Versäumnisurteil auf vorläufige Vollstreckbarkeit ergehenden Anträge, ist zu berücksichtigen, daß es sich hierbei nach der Novelle von 24 nur noch um die Anträge des § 710 S. 2 Z.P.O. und außerdem noch um § 13 Abs. 3 S. 2 des Mieterschutzgesetzes handelt [21]). In den übrigen Fällen ist eine Mitteilung des Antrages auf Vollstreckbarkeitserklärung nicht mehr notwendig, da gemäß § 708 Nr. 3 Z.P.O. alle Versäumnisurteile, gleichgültig von welcher Instanz sie erlassen sind, auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Wird eine Entscheidung nach Lage der Akten gefällt, so ist die Vollstreckbarkeit entweder auf Grund des § 708 oder 709 Z.P.O. ohne Sicherheitsleistung oder auf Grund des § 710 S. 1 Z.P.O. gegen Sicherheitsleistung auszusprechen [22]).

Soll nach erfolgter Klagänderung ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen, so ist vorherige Mitteilung der Klagänderung immer erforderlich [23]). Ist dies geschehen, so ist nicht nur eine Klagänderung nach den §§ 268 Ziffer 2 und 280 Z.P.O., sondern auch nach §§ 268 Ziffer 3 und 264 Halbsatz 2 zulässig: hat das Gericht die Klagänderung für sachdienlich gehalten, so muß die Aenderung dem Beklagten mitgeteilt werden, da der Inhalt der Klage von der

---

19) Klein-Seuff. Bl. 45/373; 47/401; Planck 2/351, Anm. 20; 643 Anm. 54; Stein-Jonas § 297 Anm. II; a. A. Obermeyer-Seuff. Bl. 47/258; Tränkner Z. 7/257; Fischer, Arch. Ziv. Prax. 70/345.

20) Mot. 232.

21) Stein-Jonas, § 714, Anm. 2; a. A. Tränkner, Z. 7/257 ff.; Troll 57,182.

22) Sydow-Busch, § 335, Anm. 5; Stein-Jonas, § 708, Anm. II 3.

23) Skonietzki u. Gelpke, § 335, Anm. 12, § 331, Anm. 2; Förster-Kann, § 331, Anm. 2e.

Klagschrift abweicht; eine Einwilligung des Beklagten zu dieser Klageänderung fällt aber in diesem Falle fort. Daß eine Klageänderung in den Fällen der §§ 268, 280 Z.P.O. zulässig ist, ergibt sich schon aus den Motiven, die hierzu bemerken: unter der Voraussetzung rechtzeitiger Mitteilung wird ferner jede Partei in der mündlichen Verhandlung von den ihr nach den §§ 240, 253 Z.P.O. zustehenden Befugnissen mit Effekt wider den säumigen Gegner Gebrauch machen können[24]). Liegt eine Aenderung im Sinne des § 268 Ziffer 2 Z.P.O. in einer anhängigen Rechtssache vor und ist diese ordnungsmäßig dem Beklagten mitgeteilt worden, so ist kein besonderer Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen, sondern dieser fällt mit dem gemäß § 261 Z.P.O. zur Verhandlung über die Klage bestimmten Termin zusammen[25]). Unter § 268 Ziffer 2 fällt auch der Fall, daß der Kläger bei Versäumnis des Beklagten einen früher aufgegebenen Antrag wieder aufnimmt; ein Versäumnisurteil ist nur nach vorheriger Mitteilung möglich[26]). Nicht möglich ist dagegen eine Klageänderung im Versäumnisverfahren im Sinne des § 264 Halbsatz 1 Z.P.O. Hat der Kläger eine solche in unzulässiger Weise, d. h. ohne Einwilligung des Beklagten vorgenommen und auch den Beklagten in Kenntnis hiervon gesetzt, so kann im Säumnisfall des Beklagten trotz seiner Kenntnis ein Versäumnisurteil auf Grund der Klageänderung nicht ergehen. Denn die Versäumnis des Beklagten ist nicht gleichbedeutend mit der Einwilligung in die Klageänderung; eine fingierte Einwilligung im Sinne des § 269 Z.P.O. kann deswillen nicht angenommen werden, weil der Beklagte sich durch sein Schweigen nicht auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. Da eine Einwilligung in die Klageänderung fehlt, und ohne solche die Klageänderung nicht zulässig ist, kann trotz

24) Mot. 232; Troll 60, 105-106; a. A. Wach, Vortr. 139.

25) RG. 15/390.

26) Kulemann, im Recht 03/336.

der Kenntnis des Beklagten von der Aenderung ein Versäumnisurteil gegen ihn nicht ergehen [27]). Die Unzulässigkeit einer solchen Klagänderung hat das Gericht, entsprechend der Zuständigkeitsprüfung, von Amts wegen zu prüfen [28]). Aber nicht nur ein Versäumnisurteil auf Grund der Klagänderung kann nicht erfolgen, sondern es kann auch kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten in der ursprünglichen Form der Klage ergehen, da der Kläger durch Schriftsatz dem Beklagten mitgeteilt hat, daß er die Klage in ihrer ursprünglichen Form nicht geltend machen wolle [29]).

Bis hierher ist davon gehandelt, daß der Kläger seine Klage auf neue dem Beklagten bisher noch nicht bekannte Tatsachen stützt. Es handelte sich also immer um ein Hinzufügen. Wie ist es aber, wenn der Kläger dem Tatbestand nicht etwas hinzufügt, sondern eine für ihn ungünstige Tatsache fortläßt? Wenn z. B. der Kläger die nach dem Inhalte unzulässige Klage durch Fortlassen der zur Abweisung führenden Punkte in der mündlichen Verhandlung vorbringt, um auf diese Weise ein Versäumnisurteil zu erzielen. Bei Beurteilung dieser Frage ist von dem den § 335 Ziffer 3 Z.P.O. beherrschenden Grundgedanken auszugehen. Durch § 335 Ziffer 3 soll der Beklagte geschützt werden, er soll nicht mehr Rechtsnachteile erleiden, als er mit solchen nach der Prozeßlage rechnen muß. Auf Grund der für ihn günstigen Prozeßlage versäumt er den Termin; ein Versäumnisurteil kann in diesem Fall nicht ergehen, auch nicht, wenn der Kläger seine Klage durch Fortlassen einiger Punkte schlüssig gemacht hat. Der Kläger bekommt erst dann ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten, wenn er die in einem Fortlassen bestehende Klagänderung genau so mitgeteilt hat, wie eine gewöhnliche Klagänderung. Einem neuen Vorbringen im Sinne des § 335 Ziffer 3 steht die Weglassung eines angekündigten Vorbringens gleich,

27) Mot. 232; Troll 60, 105/106.
28) Skonietzki u. Gelpke, § 331, Anm. 2.
29) Troll 105/106.

sofern ohne diese Weglassung der gestellte Antrag sachlich nicht gerechtfertigt erscheint [30]). Handelt es sich jedoch um ein Fortlassen unerheblicher Tatsachen, so hat dies keinen Einfluß auf das gegen den Beklagten ergehende Versäumnisurteil, da unerhebliche Tatsachen auch jederzeit vom Gericht ausgeschieden werden können.

Handelt es sich um die Mitteilung von Tatsachen, die für den Beklagten günstig, für den Kläger aber ungünstig sind, so ist eine vorherige Mitteilung an den Beklagten nicht erforderlich. Es sind dies solche Tatsachen, deren Vorliegen von Amts wegen zu prüfen ist, oder rechtshindernde und rechtsvernichtende, vom Kläger vorgebrachte Tatsachen. Erforderlichenfalls hat das Gericht gemäß § 139 Z.P.O. den Sachverhalt aufzuklären. Anders ist es mit Tatsachen, die ein Einrederecht begründen; diese bleiben unberücksichtigt, da Einreden vom Beklagten vorgebracht werden müssen [31]).

§ 4. Die Rechtzeitigkeit der Mitteilung.

Eine Mitteilung ist rechtzeitig im Sinne des § 335 Ziffer 3 Z.P.O., wenn sie den Erfordernissen der §§ 132, 262, 272 und 226 Z.P.O. entspricht. Ziel dieser Vorschriften ist, daß die Partei zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung genügende Zeit haben soll, sie soll vorher wissen, womit sie im Termin zu rechnen hat [32]).

Der § 132 Z.P.O. gilt im Anwaltsprozeß, da bei diesem vorbereitende Schriftsätze zwingend vorgeschrieben sind. Im Parteiprozeß sind vorbereitende

30) Skonietzki u. Gelpke, § 331, Anm. 2*e*; Armstroff, DJZ. 06/650; a. A. Stein-Jonas, § 335, Anm. I 3*b*, nach dem fortgelassene Tatsachen allgemein nicht mitgeteilt zu werden brauchen.

31) Wach, Vortr. 139; Stein-Jonas, § 335 I 3*b*.

32) Seuffert, § 335, Anm. 6; Skonietzki u. Gelpke, § 335, Anm. 13.

Schriftsätze nicht vorgeschrieben, aber zulässig. Das Unterbleiben ist nur beim Versäumnisurteil wichtig[33]), da das Versäumnisurteil nur nach zuvoriger rechtzeitiger Mitteilung des tatsächlichen Vorbringens und der Sachanträge erlassen werden kann. Es gelten die Vorschriften über die Fristen, also auch im Parteiprozeß, obwohl im letzteren die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht obligatorisch ist[34]). Unter „neuem Vorbringen" sind neue Beweismittel, Beweiseinreden, Anträge und Klagänderungen nach § 268 Ziffer 2 Z.P.O. zu verstehen. Reine Rechtsausführungen gehören nicht hierher. Die §§ 132 und 272 Z.P.O. handeln von Fristen bei vorbereitenden Schriftsätzen. Werden keine vorbereitenden Schriftsätze im Anwaltsprozeß gewechselt, so ergeben sich für die Parteien, abgesehen von Kostennachteilen[35]), keine rechtlichen Nachteile in der Sache selbst. Nur in einem Fall ist das Fehlen von vorbereitenden Schriftsätzen von Bedeutung; ein Versäumnisurteil kann nur ergehen, wenn die Anträge und das tatsächliche Vorbringen dem Beklagten gemäß § 335 Ziffer 3 rechtzeitig mitgeteilt ist. Die Anwendung des § 272 Z.P.O. im Versäumnisverfahren ist bestritten, jedoch zu bejahen[36]).

Wird gemäß § 226 Abs. 1 eine Frist verkürzt, so genügt die Einhaltung der abgekürzten Frist; kann infolgedessen ein Schriftsatz überhaupt nicht mehr mitgeteilt werden, so kann unbedenklich von Amts wegen gemäß § 337 Z.P.O. vertagt werden.

Für die Mitteilung einer Klagänderung im Sinne des § 268 Ziff. 2 ist die Zustellungsfrist des § 132 Z.P.O., nicht die in § 262 Z.P.O. besonders geregelte Einlassungsfrist von Bedeutung. Die Einlassungs-

---

33) Stein-Jonas, § 129, Anm. 3; Baumbach, § 129, Anm. 2.

34) Mot. 232.

35) §§ 95 ZPO., 39 GKG.

36) Skonietzki u. Gelpke, § 335 *b*; a. A. Förster-Kann, § 335, Anm. 2 *c dd*.

frist des § 262 soll dem Beklagten nur die Erklärung über den Inhalt der Klagschrift ermöglichen [37]).

Der § 272 Z.P.O. enthält gegenüber dem § 132 Z.P.O. eine Sondervorschrift bezüglich des Vorbringens, bei dem der Gegner noch Erkundigungen einziehen muß. Neues Vorbringen wie tatsächliche Behauptungen, Beweismittel oder Anträge, auf welche voraussichtlich der Gegner ohne vorherige Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, muß so zeitig durch Schriftsatz mitgeteilt werden, daß es dem Gegner möglich ist, die notwendigen Erkundigungen einzuziehen. Die Rechtzeitigkeit wird hierbei nicht nach § 132, sondern nach freiem richterlichem Ermessen bestimmt [38]).

§ 5. Die Schriftlichkeit der Mitteilung.

§ 335 Ziffer 3 Z.P.O. erfordert Mitteilung mittels Schriftsatzes und will damit bezwecken, daß dem Beklagten die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben ist. § 335 Ziffer 3 Z.P.O. ist aber nicht zu eng auszulegen; einmal braucht der Nachweis der Mitteilung nicht nur durch Zustellung erbracht werden, es genügt, wenn eine Erwiderung sich bei den Akten befindet, zum andern braucht die Mitteilung nicht unbedingt durch Schriftsatz geschehen sein. Vielmehr ist der schriftlichen Mitteilung gleichzuachten die mündliche, die in Gegenwart des jetzt nichterschienenen Beklagten gemacht ist, soweit dies aus dem Protokoll hervorgeht oder sonst dem Gericht noch bekannt ist [39]). Das Versäum-

37) RG. 15/390.

38) Stein-Jonas, § 272, Anm. II.

39) Troll 59/60; Skonietzki u. Gelpke, § 335, Anm. 14; Stein-Jonaß, § 335, Anm. I 3 *b*; Seuffert, § 335, Anm. 6; Baumbach, § 335, Anm. 5; Wach, Vortr. S. 139, nach dem auch das vorgängig mündlich mitgeteilte als zugestanden werden muß; a. A. Hellmann, S. 625/626; Hermann Meyer,

nisurteil kann in einem solchen Fall unter Zugrundelegung des früheren mündlichen Vorbringens gegen den Beklagten erlassen werden, ohne daß hierdurch gegen § 335 Ziffer 3 verstoßen würde. Denn der Grundsatz des § 335 Ziffer 3 ist der, daß das Versäumnisurteil gegen den säumigen Beklagten nur dann erlassen werden soll, wenn diesem das tatsächliche mündliche Vorbringen und die Sachanträge des Klägers rechtzeitig bekannt geworden sind und der Beklagte sich entsprechend darauf vorbereiten konnte. Sind in einem früheren Termine von dem Kläger in Anwesenheit des Beklagten Tatsachen vorgebracht oder Sachanträge gestellt, so hat der Beklagte rechtzeitig von ihnen Kenntnis bekommen und genügend Zeit zur Vorbereitung gehabt. „Eine nochmalige Mitteilung dessen, was der Beklagte bereits aus der Verhandlung weiß, in einem Schriftsatz, würde nur eine leere Förmlichkeit bedeuten, die weder von dem Interesse des Beklagten noch von den allgemeinen Grundsätzen des Versäumnisverfahrens erfordert wird“ [40]). Die Schriftlichkeit der Mitteilung ist also nicht unbedingtes Erfordernis des § 335 Ziffer 3; es genügt, wenn das früher vorgetragene durch das Protokoll festgestellt wird, oder, wenn dies nicht der Fall ist, genügt es, daß das Vorgebrachte dem Gericht noch erinnerlich ist, oder Gegenstand einer mündlichen Verhandlung war [41]).

Ist die Verhandlung durch ein Mahnverfahren eingeleitet, so gilt die Streitsache gemäß § 696 Abs. 3 Z.P.O. als mit Zustellung des Zahlungsbefehls rechtshängig geworden. Durch die Zustellung des Zahlungsbefehls wird die Zustellung einer Klageschrift ersetzt. Soll hier ein Versäumnisurteil ergehen, so müssen die den Anspruch begründenden Tatsachen im Zahlungsbefehl aufgenommen sein. Sind besondere Abmachungen getroffen, so müssen auch diese im Zahlungsbefehl

Anl. zur Prozeßprax. S. 203/204; Lippmann, Arch. Ziv. Prax. 65, S. 406—407.

40) OGL. 27/95.

41) Rosenberg, Lehrbuch § 106 III 2a.

angeführt sein, damit dem Erfordernis des § 335 Ziffer 3 Genüge geschehen ist[42]); sonst wird eine besondere rechtzeitige Mitteilung erforderlich.

§ 6. Die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines Versäumnisurteils.

Ist das Erfordernis des § 335 Ziffer 3, die rechtzeitige Mitteilung mittels Schriftsatzes nicht erfüllt, so ist der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteiles zurückzuweisen, und zwar findet diese Zurückweisung gemäß § 336 Z.P.O. durch Beschluß statt. Durch diesen Beschluß, der gemäß § 229 Abs. 1 Z.P.O. zu verkünden ist, wird die Rechtshängigkeit des Prozesses nicht beendet, der Kläger kann vielmehr seinen Anspruch weiter geltend machen, wie er auch den Antrag auf Versäumnisurteil wiederholen kann[43]), die Zurückweisung ist also keine Klagabweisung, der Beschluß der materiellen Rechtskraft nicht fähig[44]). Der Beschluß ist durch sofortige Beschwerde anzufechten. Ist die Beschwerde von Erfolg, so ist er aufzuheben: der Prozeß wird in die ursprüngliche Lage zurückversetzt, d. h. er kommt vor die untere Instanz genau in dem Stadium, in dem der Prozeß sich befand, als der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils gestellt wurde. Die Beschwerdeinstanz kann um deswillen kein Versäumnisurteil erlassen, weil ein solches nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen kann, diese aber vor dem Beschwerdegericht nicht stattgefunden hat. Es ist von der unteren Instanz neuer Termin anzuberaumen, zu dem aber nur die früher erschienene Partei zu laden ist. Erscheint der früher säumig gewesene Beklagte in diesem neuen Termin trotzdem, um zu verhandeln,

---

42) Gros Bay, Z. 7/356; Förster-Kann, § 335 2 *c dd*.

43) RG. 40/382.

44) JW. 26/2469.

so ist er zurückzuweisen. Er ist nur zuzulassen, wenn der Kläger einwilligt, da sonst der Sinn des neuen Termins, Fällung des Versäumnisurteils auf Grund der früheren Versäumnis, nicht erreicht wird[45]). Etwa nachträglich eingereichte Schriftsätze, gleichgültig von wem, bleiben unberücksichtigt. Der Beklagte kann erst wieder in den Prozeß eingreifen, wenn das Versäumnisurteil gefällt ist und zwar durch Einlegung des Einspruchs. Der Beklagte wird in dem Beschwerdeverfahren des Klägers gar nicht gehört. Daß dies die Absicht des Gesetzgebers ist, ergibt sich klar auch aus der Bestimmung des § 336 Z.P.O., daß die nichterschienene Partei zu dem neuen Termin nicht zu laden ist[46]). Wird dem Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils nur teilweise stattgegeben, im übrigen aber zurückgewiesen, so gibt es gegen den zurückweisenden Beschluß nur die Beschwerde. Dadurch, daß dieser Beschluß mit dem Versäumnisurteil in Urteilsform erscheint, wird sein Charakter als Beschluß nicht geändert; daher ist gegen ihn auch keine Berufung oder Revision möglich[47]). Erscheint in dem nach Aufhebung des Beschlusses anzusetzenden Termin der Kläger nicht oder stellt er keinen Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils oder Entscheidung nach Lage der Akten, so hat

---

45) Stein-Jonas, § 336; Seuffert, § 336, Anm. 2; Förster-Kann, § 336, Anm. 4; Hellmann, S. 627/628; a. A. Troll, S. 175; Skonietzki u. Gelpke, § 336, Anm. 4, nach ihnen soll der Beklagte nicht geladen werden, wenn er erschienen, aber zur Verhandlung zugelassen werden.

46) RG. 37/397.

47) Stein-Jonaß, § 336; Seuffert, § 336, Anm. 3; Baumbach, § 336, Anm. 1; Förster-Kann, § 336, Anm. 1; OLG. 19/108; RG. 15/390. Bestritten ist die Frage, welches Rechtsmittel zulässig ist, wenn statt des erforderlichen Beschlusses ein Urteil ergangen ist. Nach Stein-Jonas (Band II, S. 2) ist das Rechtsmittel zuzulassen, daß der erkennbar gewollten Entscheidungsart entspricht, wie dasjenige, das der Entscheidung entspricht, für die die Voraussetzungen gegeben waren.

das Gericht gemäß § 251a Z.P.O. vorzugehen. Da der Beklagte in diesem Termin nicht zur Verhandlung zuzulassen ist, kann er auch nicht gegen den nichterschienenen Kläger Versäumnisurteil beantragen [48]).

Wird trotz der Beschwerde der die Zurückweisung aussprechende Beschluß aufrecht erhalten oder wird keine Beschwerde eingelegt, so kommt es darauf an, ob Vertagung angeordnet ist oder nicht. Ist durch den Beschluß keine Vertagung ausgesprochen, so ist gemäß § 497 Z.P.O. vom Richter neuer Termin anzusetzen, zu dem aber beide Parteien geladen werden müssen. Im Parteiprozeß haben die Parteien zu laden. Ist eine Vertagung ausgesprochen, so muß der nichterschienene Beklagte gemäß § 335 Abs. 2 Z.P.O. zu dem neuen Termin geladen werden. Bleibt hier wiederum der Beklagte aus, so sind die Voraussetzungen für das Versäumnisurteil selbständig zu beurteilen [49]).

§ 7. Die Entscheidung nach Lage der Akten.

Eine Entscheidung nach Lage der Akten kann außer in dem Fall des § 251a Z.P.O. bei Versäumnis beider Parteien, noch im Falle des § 331a Z.P.O. beim Ausbleiben einer Partei ergehen, wenn der erschienene Gegner statt eines Versäumnisurteils die Entscheidung nach Lage der Akten beantragt. Im Falle des § 331a richten sich die Erfordernisse der Aktenlagenentscheidung nach § 251a; notwendig ist vor allen Dingen, daß bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden

---

48) Skonietzki u. Gelpke, § 336, Anm. 4.

49) Die neue Ladung hat in allen Fällen der Vertagung des § 335 I zu geschehen und nicht nur erst nach Zurückweisung des Antrags auf Erlaß eines Versäumnisurteils. Wie hier Förster-Kann, § 335, Anm. 4; Planck, 2/358; Seuffert, § 335, Anm. 2; Neukamp, § 335, Anm. 2*b*; Stein-Jonas; § 335 I 5*b*. — A. A. Skon. u. Gelpke, § 335, Anm. 16; Troll 77.

hat und daß der Sachverhalt hinreichend geklärt ist; die Voraussetzungen für die Zurückweisung des Antrages auf Entscheidung nach Lage der Akten entsprechen den Voraussetzungen für die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines Versäumnisurteils. Der Antrag auf Erlaß der Aktenlageentscheidung braucht, da er Prozeßleitungsantrag ist, nicht nach § 335 Ziffer 3 mitgeteilt werden. Durch die Novelle von 24 ist der § 335, die Vorschriften betr. Zurückweisung auf Erlaß eines Versäumnisurteils, ausgedehnt auf die Entscheidung nach Lage der Akten. Welche Bedeutung der § 335 Ziffer 3 in diesem Rahmen hat, ist lebhaft umstritten.

Nach Baumbach[50]) ist von der Unterstellung auszugehen, als wäre im Termin schriftliche Entscheidung beantragt. Erblickt man in dem § 251a Z.P.O. die Fiktion einer streitigen mündlichen Verhandlung, bei der die säumige Partei auf das mündlich vorgebrachte verzichtet, so muß hier das Erfordernis der rechtzeitigen schriftlichen Mitteilung anders aufgefaßt werden als beim Versäumnisurteil und zwar so, daß es hier auf Innehaltung der Fristen des § 132 Z.P.O. nicht ankommt, es genügt, daß sie überhaupt zugegangen sind[51]). Bei der Entscheidung sind alle die Schriftsätze zu berücksichtigen, die dem Gegner zugegangen sind oder für die die Vermutung besteht. Ferner die Protokolle und das mündlich vorgetragene, soweit es dem Richter noch erinnerlich ist. Werden neue Ansprüche geltend gemacht oder eine Klageänderung vorgenommen, so sind diese nur zu berücksichtigen, wenn der Gegner den Schriftsatz erhalten hat. Der § 335 Ziffer 3 gilt bei der Entscheidung nach Lage der Akten nicht nur für den Beklagten wie beim Versäumnisurteil, sondern auch für den Kläger, weil hier eine sachliche Entscheidung ergeht, die nicht auf der Fiktion des Rechtsverlustes aufgebaut ist.

---

50) Baumbach, § 335, Anm. 5, § 251*a*, Anm. *B*.

51) Ebenso de Boor, Die Entsch. n. Lage d. Akt., S. 61.

Stein-Jonaß[52]) geht bei der Beurteilung der Bedeutung des § 335 Ziffer 3 Z.P.O. von dem Grundsatz des § 335 Ziffer 3 aus, daß der säumigen Partei kein weiterer Schade aus der Versäumnis erwachsen soll, als der, mit dem sie auf Grund der rechtzeitigen Mitteilung des Gegners rechnen mußte. Unter Zugrundelegung dieses Grundsatzes kommt er dahin, daß eine Entscheidung nach Lage der Akten nur ergehen kann, wenn der Sachantrag unter Wahrung der Frist des § 132 zugestellt ist, sofern ein solcher Antrag bisher noch nicht gestellt war. Hinsichtlich des tatsächlichen Vorbringens der Parteien soll festgestellt werden, welche Behauptungen bestritten sind. Diese Feststellungen sollen sich aus dem Umstand ergeben, ob Gegenerklärungen vorliegen, da ein Unterlassen von Erklärungen in diesem Fall niemals als Geständnis gedeutet werden könne. Auf das tatsächliche Vorbringen soll der § 132 keine Anwendung finden, d. h. die verspätete Mitteilung kann der Gegenpartei niemals zum Schaden gereichen.

Bei der Beurteilung der Bedeutung des § 335 Ziffer 3 für die Entscheidung nach Lage der Akten ist mit Stein-Jonaß von dem Grundgedanken des § 335 Ziffer 3 auszugehen. Mit diesem Grundgedanken ist aber die Auffassung Baumbachs, die Mitteilung der Anträge und des tatsächlichen mündlichen Vorbringens sei nicht an die Frist des § 132 gebunden, es genüge, daß die Mitteilung überhaupt geschehen sei, nicht vereinbart; der Sinn des § 335 Ziffer 3 ist gerade der, daß der nichterschienenen Partei die Anträge und das tatsächliche Vorbringen so zeitig mitzuteilen sind, daß sie sich darauf vorbereiten können. Es ist daher bei der Entscheidung nach Lage der Akten grundsätzlich an der Rechtzeitigkeit der Mitteilung nach § 132 festzuhalten[53]). Dies gilt nicht nur von den

52) Stein-Jonaß, § 336, Anm. II, § 251*a*, Anm. III, 2*a*.

53) Ebenso Stein, Grundriß, § 71 II 1.

Sachanträgen, sondern auch von den tatsächlichen mündlichen Vorbringen, so daß erst kurz vor dem Termin mitgeteilte Erklärungen nicht zu berücksichtigen sind. Ist jedoch das tatsächliche mündliche Vorbringen nicht unter der Wahrung der Frist des § 132 dem säumigen Beklagten mitgeteilt worden, und liegt trotzdem schon eine Gegenerklärung des Beklagten vor, so ist in dieser Gegenerklärung ein Verzicht des Beklagten auf Innehaltung der Frist des § 132 zu erblicken, mithin ist in diesem Falle das tatsächliche Vorbringen des Klägers zu berücksichtigen, ohne daß es dem Beklagten rechtzeitig mitgeteilt worden ist.

Als Beweis für das Zugehen von Erklärungen ist jedoch entgegen Stein-Jonaß nicht das Vorliegen von Gegenerklärungen für notwendig zu erachten. Es genügt, wenn hierfür Anhaltspunkte[54]) vorhanden sind. Diese können in Gegenerklärungen bestehen, sie können sich aber auch aus den Protokollen ergeben, oder dem Gericht sonst erinnerlich sein, da nicht bestimmt ist, daß das Verhandlungsergebnis protokolliert sein muß. Sachanträge und tatsächliches mündliches Vorbringen sind in dieser Beziehung gleich zu behandeln. Bei der Entscheidung nach Lage der Akten ist es gleichgültig, ob es sich um Erklärungen des Klägers oder des säumigen Beklagten handelt, die Erklärungen beider Parteien müssen, um berücksichtigt zu werden, rechtzeitig vorgebracht sein; insoweit gilt hier der § 335 Ziffer 3 für beide Parteien. Die Folge für die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift ist aber für beide Parteien verschieden: für den Beklagten bedeutet die Nichtbeobachtung lediglich das Unberücksichtigtbleiben der betreffenden Erklärung, während für den Kläger die Folge der Außerachtlassung Zurückweisung seines Antrages auf Erlaß der Entscheidung nach Lage der Akten nach sich zieht. Nur in einem Falle ist das verspätete Vorbringen des Beklagten zu beachten; hat der Kläger sein tatsächliches Vorbringen nicht rechtzeitig dem säu-

54) Kann, JW. 24/382.

migen Beklagten mitgeteilt und antwortet der Beklagte trotzdem noch vor dem Termin, so ist in diesem Falle auch das verspätete Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen.

Das Urteil nach Lage der Akten entscheidet in der Sache selbst und ist mit Berufung und Revision anzufechten. Ist das Urteil dagegen nicht zulässig, gleichgültig aus welchem Grunde, so ist der Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten durch Beschluß gemäß § 336 Z.P.O. zurückzuweisen. Dieser Beschluß, gegen den es keine Beschwerde gibt, ist zu verkünden. Es ist dann neuer Termin von Amts wegen anzusetzen, zu dem die säumige Partei zu laden ist[55]).

§ 8. Das Versäumnisverfahren in den Fällen des § 347 Z.P.O.

Die Widerklage, die mit der Klage in rechtlichem Zusammenhang stehen muß, ist der Klage gleichgestellt. Daraus ergibt sich, daß die Vorschriften über das Versäumnisverfahren auch auf die Widerklage Anwendung finden[56]). Der Eintritt der Rechtshängigkeit der Widerklage bestimmt sich, da eine solche gemäß § 33 Z.P.O. erst im Laufe eines Prozesses erhoben werden kann, nach § 281 Z.P.O. Eine Widerklage ist danach rechtshängig, wenn der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Ziffer 3 Z.P.O. entsprechender Schriftsatz zugestellt oder nach § 496 Abs. 4 Z.P.O. mitgeteilt ist. Die Widerklage wird mündlich geltend gemacht, durch Verlesung des Antrages. Abwesenheit des Gegners hindert die Erhebung der Widerklage und da-

55) Stein-Jonaß, § 335 II 2., Stein, Grundriß § 71 V 3, VIII.

56) Die Anwendung der Vorschriften des Versäumnisverfahrens auf die Widerklage ist noch im § 347 ZPO. ausdrücklich vorgeschrieben.

mit deren Rechtshängigkeit nicht[57]). Voraussetzung ist allerdings ordnungsmäßige Benachrichtigung des Gegners von dem betreffenden Termin. Eine Einlassungsfrist braucht nicht innegehalten zu werden, da zur Erhebung der Klage eine vorherige schriftliche Mitteilung nicht notwendig ist. Der Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist jedoch davon abhängig, daß das tatsächliche mündliche Vorbringen und die zuzustellenden Sachanträge gemäß § 335 Ziffer 3 dem Widerbeklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt ist[58]). Der § 335 Ziffer 3 hat bei der Widerklage dieselbe Bedeutung wie bei der Klage. Wenn der Widerbeklagte nicht erscheint, so gilt das tatsächliche mündliche Vorbringen des Widerklägers als zugestanden; insoweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, kann auf Antrag Versäumnisurteil gegen den Widerbeklagten ergehen; die Rechtzeitigkeit der Mitteilung bestimmt sich wiederum nach § 132 Z.P.O. Unter der Voraussetzung der rechtzeitigen Mitteilung des tatsächlichen Vorbringens und der Sachanträge ist es gleichgültig, ob die Widerklage schon in einem früheren Termin oder in dem vom Beklagten versäumten erhoben ist. Die nach § 335 Ziffer 3 notwendige schriftliche Mitteilung ist nicht mit der zur mündlichen Geltendmachung der Widerklage erforderlichen Mitteilung zu verwechseln[59]); letztere bedarf ebenso wie der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils keiner Mitteilung.

Bezüglich der Klagänderung einer Widerklage finden dieselben Vorschriften Anwendung wie bei der Aenderung einer Klage, so daß sich das Versäumnisverfah-

---

57) Stein-Jonaß, § 281, Anm. II 1; Hellmann 636; Troll 133; RG. 28/408. — A. A. Planck 2, 349; Wach, Vort. 42; Seuffert, § 347 I.

58) Stein-Jonaß, § 347, Anm. I, § 281, Anm. I und II; Förster-Kann, § 33, Anm. 4 *b*; Mot. 232; RG. 28/408; Troll 133; a. A. Wach, Vortr. 54/55, Anm.; Seuffert, § 347,1.

59) A. A. Stein-Jonas, § 347, Anm. I 1.

ren bei Aenderung der Widerklage entsprechend regelt[60]). Dem steht jedoch nicht entgegen, daß der Beklagte bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung neue Widerklage erheben kann, § 278 Abs. 1 Z.P.O.

Ist gemäß § 304 Z.P.O. über den Grund eines Betrages vorab entschieden, so kann im Nachverfahren noch Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen. Da das über den Grund ergehende Urteil ein Zwischenurteil ist, so sind die Termine im Nachverfahren wie solche des § 332 Z.P.O. zu behandeln[61]). Beim Ausbleiben des Beklagten ergeht auf Antrag Versäumnisurteil über den Betrag, soweit das tatsächliche Vorbringen und die Sachanträge dem Beklagten rechtzeitig mitgeteilt waren und das klägerische Vorbringen den Klagantrag rechtfertigt, andernfalls der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, § 335 Ziffer 3 in Verbindung mit § 331. Ergibt sich aus dem klägerischen Vorbringen schon die Unbegründetheit des Betrages, so ist bei Säumnis des Beklagten die Klage durch kontradiktorisches Versäumnisurteil abzuweisen, trotzdem der Anspruch dem Grunde nach feststeht.

Versäumt eine Partei einen Termin, der zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war, so fragt es sich, ob gegen die säumige Partei Versäumniszwischenurteil ergehen kann. Grundsätzlich sind die Versäumniszwischenurteile durch die §§ 330 ff. Z.P.O. ausgeschlossen, wie auch bei Verhandlung über selb-

---

60) Stein-Jonas, § 264, Anm. III, § 281, Anm. I; Seuffert, § 264, Anm. 6; Skonietzki u. Gelpke, § 264, Anm. 3; RG. 29/365, 52/94. — A. A. Lippmann, Arch. Ziv. Prax. 65/365, nach dem sich die Grundsätze über die Klageänderung nicht auf die Widerklage beziehen; Hellwig, System § 135, der das Klageänderungsverbot für gegenstandslos bei der Widerklage hält, da eine neue Widerklage auch so erhoben werden kann, daß der Widerkläger die zuerst erhobene fallen läßt.

61) Stein-Jonas, § 304.

ständige Angriff- oder Verteidigungsmittel nach § 146 Z.P.O. oder bei Verhandlung über den Grund des Betrages nach § 304 Z.P.O. ein Versäumniszwischenurteil nicht ergehen kann. Ein solches kann nur ergehen, beim Vorliegen eines Zwischenstreites, wenn das Gericht bestimmt hat, daß in dem nächsten Termin lediglich über den Zwischenstreit verhandelt werden soll. Eine solche Anordnung kann das Gericht nach freiem Ermessen treffen[62]). Nur unter dieser Bedingung beschränken sich die Versäumnisfolgen auf diesen Zwischenstreit. In der Regel werden Gegenstand des Zwischenstreites nur solche Streitpunkte sein, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind, bei denen eine Geständnisfiktion also nicht eintritt. Auf das Versäumniszwischenverfahren[63]) finden die Vorschriften des Versäumnisverfahrens gemäß § 347 Abs. 2 Z.P.O. entsprechende Anwendung. Für das ergehende Versäumniszwischenurteil sind Sachanträge und das tatsächliche mündliche Vorbringen des erschienenen Klägers nur insoweit zu berücksichtigen, wie dasselbe dem säumigen Beklagten[64]) rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war; andernfalls ist der Antrag auf Erlaß des Versäumniszwischenurteils zurückzuweisen. Dem § 335 Ziffer 3 kommt im Rahmen des Zwischenstreites die gleiche Bedeutung zu wie bei der Klage. Das Versäumniszwischenurteil ist mit dem Einspruch anzufechten; handelt es sich jedoch um ein unechtes Versäumniszwischenurteil, so kann dies erst gemäß §§ 512, 548 Z.P.O. mit dem Endurteil angefochten werden.

---

62) A. A. Troll 142; 215; Planck 2, S. 380, 386.

63) Handelt es sich um einen Zwischenstreit mit einem Dritten (§§ 71, 135, 387, 402), so ist das ergehende Zwischenurteil kein Versäumniszwischenurteil, da es nur mit Beschwerde anzufechten ist.

64) Der Antragsteller gilt als Kläger, der Gegner als Beklagter.

§ 9. Das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz.

Für das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz finden die Vorschriften über das Versäumnisverfahren erster Instanz entsprechende Anwendung. Dies ergibt sich sowohl aus § 523 Z.P.O., nach dem auf das weitere Verfahren die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften in Anwendung kommen sollen, wie auch aus § 542 Abs. 1 Z.P.O., der ausdrücklich sagt: die Vorschriften über das Versäumnisverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung. Für die Säumnis des Berufungsklägers trifft dies in vollem Umfang zu. Für die Säumnis des Berufungsbeklagten, die hier zu untersuchen ist, trifft jedoch § 542 Abs. 2 Z.P.O. eine abweichende Einschränkung, wenn es heißt:

> „Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnisurteil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht, das tatsächliche mündliche Vorbringen für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe."

Beantragt der erschienene Berufungskläger gegen den säumigen Berufungsbeklagten den Erlaß eines Versäumnisurteils, so hat das Gericht erst die formellen Voraussetzungen der Berufung und dann die Voraussetzungen des Versäumnisurteils zu prüfen. Diese zwiefache Prüfung ist deshalb notwendig, weil beim Vorliegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Mangels ein kontradiktorisches Versäumnisurteil ergeht. Die amtswegige Prüfung der Formalien[65]) ist im § 519b Z.P.O.

65) Aufzählung der Formalien bei Stein-Jonas, § 519*b*, Anm. II, 1.

vorgeschrieben[66]). Grundlage der gerichtlichen Prüfung ist das vom Berufungskläger vorgebrachte und die von ihm angeführten Nachweise. Diese Prüfung der Formalien muß erst geschehen sein, bevor über die Berufung sachlich entschieden werden kann. Die Prüfung[67]) erfolgt entweder auf Grund einer mündlichen Verhandlung durch Urteil oder ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß. Der Berufungskläger hat die Zulässigkeit der Berufung zu beweisen, da er ein Sachurteil über die Berufung erstrebt; nötigenfalls ist er zum Beweise von Amts wegen anzuhalten. Stellt sich bei der Prüfung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ein Mangel der Voraussetzungen der Berufung heraus, so ist dieselbe trotz der Säumnis des Berufungsbeklagten durch Urteil als unzulässig zu verwerfen. Dies Urteil ist ein unechtes, ein kontradiktorisches Urteil, da es auf Grund von amtswegiger Prüfung ergeht und nicht die Folge der Säumnis des Beklagten ist, die Säumnis hat somit keinen Einfluß auf das Urteil[68]). Gegen ein solches unechtes Versäumnisurteil findet ohne Rücksicht auf den Beschwerdewert gemäß § 547 Ziffer 1 Z.P.O., da es sich um die Frage der Unzulässigkeit der Berufung handelt, kein Einspruch, sondern nur Revision statt[69]). Erfolgt die Prüfung der Voraussetzungen ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß, so ist dieser mit der sofortigen Beschwerde anzufechten, wenn gegen ein Urteil

---

66) Die Stellung des RG. war hinsichtlich der Frage der Prüfung der Formalien schwankend: Verneint in RG. 12/365, bejaht in RG. 21/376, 31/404; Gruch. 38/166.

67) Die Möglichkeit der Prüfung der Formalien ohne mündliche Verhandlung in d. Berufungsinstanz ist erst durch die Nov. 24 eingeführt.

68) Wach, Gruch. 36/1 ff.; Troll, 80 ff.; Hellmann 711; Löhning 3 ff.

69) Stein-Jonas, § 519 *b* III *D* 1; Förster-Kann, § 547, Anm. 1 *d*; Neukamp, § 542, Anm. 1.

mit demselben Inhalt die Revision zulässig wäre, im übrigen ist jedoch jede Anfechtung ausgeschlossen.

Hat die Prüfung der Formalien ergeben, daß die Berufung zulässig ist, so ist weiter zu prüfen, ob die Bedingungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils vorliegen; diese allgemeinen Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils sind die gleichen, wie in der ersten Instanz, so daß hier auf diese nicht näher eingegangen zu werden braucht; hinzukommen aber für die Berufungsinstanz die besonderen Voraussetzungen des § 542 Abs. 2 Z.P.O. Die Prüfung über die Zulässigkeit des Versäumnisurteils gegen den Berufungsbeklagten erstreckt sich im Gegensatz zum Versäumnisurteil gegen den Berufungskläger wie bei der ersten Instanz auf die neuen Sachanträge und das tatsächliche mündliche Vorbringen, außerdem noch auf den Prozeßstoff erster Instanz. Im einzelnen spielt sich das Versäumnisverfahren gegen den Beklagten in der Berufungsinstanz folgendermaßen ab:

Der Berufungskläger hat gemäß § 526 Z.P.O. das Urteil erster Instanz vor dem Berufungsgericht vorzutragen, das damit die Grundlage der Verhandlung bildet; ferner muß er neue Tatsachen und neue Beweismittel nach § 529 Abs. 1 Z.P.O. in der Verhandlung vorbringen[70]). Die Mitteilung von neuen Beweismitteln ist im Gegensatz zu der ersten Instanz deshalb als notwendig in der Berufungsinstanz zu erachten, da sie als selbständiger Gegenstand der Versäumnisfolge zum tatsächlichen mündlichen Vorbringen gehört, auf das der § 335 Ziffer 3 Anwendung findet[71]). Es braucht jedoch nicht jedes tatsächliche mündliche Vorbringen, jeder Sachantrag und jedes Beweismittel gemäß § 335 Ziffer 3 dem säumigen Berufungsbeklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mit-

70) Rosenberg, Lehrbuch, § 145 II 2; RG. 95/142.

71) RG. 36/425.

geteilt werden, sondern nur die neu vorzubringenden Tatsachen, Sachanträge und Beweismittel, da die in der ersten Instanz vorgebrachten sich aus dem Urteil ergeben[72]). „Der § 335 Ziffer 3 erleidet die Modifikation, daß es zur Begründung der Versäumnisanträge nur der Mitteilung der neu vorzubringenden Tatsachen und Beweismittel bedarf, da die bereits in erster Instanz angebrachten Anführungen dem Gegner bekannt sind und aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils hervorgehen"[73]). Die Rechtzeitigkeit der Mitteilung richtet sich wie in erster Instanz nach den §§ 132, 262 in Verbindung mit § 520 Abs. 2 Z.P.O. Das tatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers ist nicht entsprechend § 331 Z.P.O. schlechthin als zugestanden zu erachten, sondern das Geständnis des Berufungsbeklagten wird nur insoweit fingiert, wie es dem in erster Instanz festgestellten Sachverhältnis nicht entgegensteht, § 542 Abs. 2; nur soweit die tatsächlichen Behauptungen des Berufungsklägers mit dem festgestellten Sachverhalt in Einklang stehen, sind sie also als zugestanden anzusehen, so daß das festgestellte Sachverhältnis eine Schranke gegen das neue Vorbringen des Berufungsklägers bildet. Das festgestellte Sachverhältnis bezieht sich auf solche Behauptungen des Berufungsklägers, die in der ersten Instanz in keiner Form - sei es ausdrücklich, sei es stillschweigende — bestritten waren. Ein früheres Bestreiten durch den Berufungskläger selbst seiner von ihm aufgestellten Behauptungen ist belanglos. Handelt es sich um Behauptungen, die vom Berufungskläger schon in erster Instanz aufgestellt und vom Berufungsbeklagten bestritten waren, so sind diese Behauptungen weiter als bestritten anzusehen[74]). Ist die bestrittene Behauptung[75]) vom Berufungskläger in

72) RG. 36/425; Seuffert, § 542, Anm. 2.
73) Mot. 312.
74) RG. 36/427.
75) Fischer, Lehrbuch, § 61.

erster Instanz aufgestellt, so kommt es darauf an, ob der Berufungskläger in der Berufungsinstanz hinsichtlich der Behauptung in zulässiger Weise die Beweisaufnahme beantragt hat. Ist dies geschehen, so wird der Beweis nicht wirklich erhoben, sondern es wird angenommen, daß die Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Beweisergebnis gehabt habe. Die Zulässigkeit der Beweisaufnahme richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechtes[76]). In der Berufungsinstanz neu vom Kläger aufgestellte Behauptungen gelten, wenn sie mit dem festgestellten Sachverhalt vereinbar sind, als zugestanden. Dabei ist nicht erforderlich, daß für solche Behauptungen vom Berufungskläger in zulässiger Weise Beweis angetreten oder auch nur eine Beweisaufnahme beantragt ist[77]). Diese neuen Behauptungen müssen in einem dem Berufungsbeklagten vor dem Verhandlungstermin rechtzeitig zugegangenen Schriftsatz aufgestellt und vom Berufungskläger in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sein. Die Rechtzeitigkeit der Mitteilung richtet sich wiederum nach § 132 Z.P.O.[78]). Solche Behauptungen sind nach der ersten Fiktion des § 542 Abs. 2 Z.P.O. als zugestanden zu erachten, da bei Mangel ihrer Bestreitung in erster Instanz das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht. War über diese vom Berufungskläger neu aufgestellten Behauptungen bereits Beweiserhebung angeordnet und bleibt der Berufungsbeklagte dann aus, so kann der Berufungskläger gemäß § 370 Z.P.O. erst nach der Beweisaufnahme den Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils stellen. Hierbei kommt das Beweisergebnis nicht mehr in Betracht, sondern es kommt darauf an, ob der Beweis in zulässiger Weise beantragt ist. Durch die Versäumnis verliert das Beweisergebnis seine Bedeu-

76) Z. B. nach den §§ 290, 418, Abs. 2, 445, 449, 463 Abs. 2, 464, 472 ff., 532, 533, 581 Abs. 2 ZPO.
77) RG. 95/137.
78) Rosenberg, Lehrbuch, § 145 II 2.

tung[79]). Handelt es sich um Behauptungen des Berufungsbeklagten, so sind diese nur insoweit zu berücksichtigen, wie sie im ersten Urteil als zugestanden oder erwiesen festgestellt sind. Es muß dann in zulässiger Weise zu ihrer Widerlegung Beweis angeboten sein. Sind diese Behauptungen bestritten, und nicht bewiesen worden, so scheiden sie aus. Nicht zum festgestellten Sachverhalt gehört die freie Beweiswürdigung des Richters erster Instanz; diese unterliegt der Prüfung des Untersuchungsrichters, so daß dieser möglicherweise ohne neue Tatsachen und Beweise zu einem andern Ergebnis kommt[80]).

Die Folge einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme ist die Annahme, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe. Durch diese Annahme ist die Beweisaufnahme selbst überflüssig geworden. Es genügt, wenn die Beweisaufnahme in den vorbereitenden Schriftsätzen ordnungsmäßig beantragt ist[81]) [82]). Der Beweis wird nicht wirklich erhoben, sondern es wird angenommen, daß die angetretenen Beweise erbracht sind. Das so gewonnene Ergebnis ist einer neuen Beweiswürdigung zu unterziehen und zusammen mit dem Beweisergebnis erster Instanz zu würdigen[83]). Der angetretene Beweis gilt nicht schlechthin als geführt[84]). Werden neue Ansprüche in der Berufung geltend gemacht, so dürfen diese nur gemäß § 529 Abs. 4 Z.P.O. erhoben werden, d. h. ohne Einwilligung des Gegners nur an den

79) RG. in Gruch. 47/1179; Stein-Jonas, § 332, Anm. I u. II, § 370 I; Troll, S. 179; Meyer, Z. 9/359.

80) Förster-Kann, § 542, Anm. 3 *a bb a*; a. A. Stein-Jonas, § 542, Anm. III 4 *b*.

81) Wach, Vortr. 207; a. A. Troll 179.

82) Rosenberger, Lehrbuch, § 145 II 2.

83) Mot. 312; Neubauer, Z. 17/102 ff.; Baumbach, § 542, Anm. *C*; Förster-Kann, § 542, Anm. 3 *b cc b*; Hellwig, § 238 VI 2 *b*.

84) A. A. Stein-Jonas, § 542, Anm. III 4 *a*.

Grenzen des § 268 Nr. 2 und 3 Z.P.O. Es bedarf aber immer zur Erhebung dieser Ansprüche der vorherigen rechtzeitigen Mitteilung durch Schriftsatz nach § 335 Ziffer 3, ohne welche die neuerhobenen Ansprüche bei Erlaß eines Versäumnisurteils nicht berücksichtigt werden. Zu den neuen Ansprüchen, die der Einwilligung des Gegners bedürfen, gehört auch die Erhebung der Widerklage. Ist eine Klagänderung[85]) oder ein neues Vorbringen[86]), §§ 527, 529 Abs. 2 Z.P.O., nur mit Einwilligung des Gegners zulässig, so kann der Berufungskläger sie zwar durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes mit der Wirkung der Rechtshängigkeit geltend machen, aber ein Versäumnisurteil kann er nicht bekommen, da eine Einwilligung des Gegners nicht vorliegt und die Versäumung des Termins ebensowenig als stillschweigende Einlassung auf die abgeänderte Klage auszulegen ist, wie in der ersten Instanz[87]).

Bezüglich der Anträge auf vorläufige Vollstreckbarkeit gilt dasselbe wie in der ersten Instanz, da nach § 708 Nr. 3 alle Versäumnisurteile von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Einer etwaigen Mitteilung des Antrags an den Gegner bedarf es daher auch in der Berufungsinstanz nicht[88]).

Ist ein Urteil jedoch nur zum Teil mit Berufung angefochten, so wird es hinsichtlich des nichtangefochtenen Teils nach § 534 Abs. 1 Z.P.O. auf Antrag des Berufungsklägers für vorläufig vollstreckbar erklärt. Dieser Antrag bedarf wie in den Fällen des

---

85) Vor der Novelle 98 war eine Klagänderung in der Berufung ausgeschlossen, auch nicht mit Einwilligung des Gegners. Bei Versäumnis war also die Behauptung des Berufungsklägers, daß der Berufungsbeklagte in die Klagänderung eingewilligt habe, selbst bei Mitteilung gem. § 335, Z. 3, an den Berufungsbekl. unwirksam.

86) Wach, Vortr. 207.

87) Stein-Jonas, § 542 III 5.

88) Die Ausdehnung der vorl. Vollstreckbarkeitserklärung auf alle Versäumnisurteile ist durch Nov. 24 erfolgt.

§ 710 Satz 2 Z.P.O. und des § 13 Abs. 3 Satz 2 Mieterschutzgesetzes der rechtzeitigen Mitteilung an den säumigen Berufungsbeklagten.

Wird die Berufung zurückgenommen, so ist, falls die Zurücknahme nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgt, gemäß § 515 Abs. 1 Z.P.O. die Zustimmung des Berufungsbeklagten notwendig. Will der Berufungskläger die Berufung zurücknehmen und hat er hierzu nicht die erforderliche Einwilligung des Berufungsbeklagten, sei es, daß der Berufungsbeklagte die Einwilligung verweigert, sei es, daß er sich überhaupt nicht erklärt, so ist der Prozeß ohne Rücksicht auf die Zurücknahme fortzusetzen. Weigert der Kläger Verhandlung zur Sache, so wird er durch Versäumnisurteil mit der Klage sachlich abgewiesen [89]). Nimmt der Berufungskläger bei der Verweigerung der Zustimmung zur Zurücknahme durch den Beklagten seinen ursprünglichen Antrag wieder auf, so bedarf die Wiederaufnahmeerklärung nicht der Mitteilung nach § 335 Ziffer 3 Z.P.O., da der Berufungsbeklagte mit der Wiederaufnahme als Folge seiner Einwilligungsverweigerung bzw. seines Schweigens rechnen mußte. Bleibt der Beklagte im Termin aus, so ergeht Versäumnisurteil gegen ihn.

§ 10. Das Versäumnisverfahren bei der Anschlußberufung.

Auf die Anschlußberufung finden hinsichtlich des Versäumnisverfahrens dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Berufung [90]). Die Anschlußberufung erfolgt nach § 522a Abs. 1 Z.P.O. nur noch durch Einreichung der Berufungsanschlußschrift beim Berufungsgericht, Erhebung der Anschließung durch Vortrag in

89) RG. 75/290; Stein-Jonas, § 271, Anm. II 2, § 515, Anm. IV.

90) Mot. 313.

der mündlichen Verhandlung ist nicht mehr möglich. Die Rechtshängigkeit tritt mit Einreichung der Schrift ein. Will der Anschlußberufungskläger ein Versäumnisurteil gegen den Anschlußberufungsbeklagten erlangen, so ist hierzu die vorherige rechtzeitige Mitteilung des tatsächlichen Vorbringens und der Sachanträge mittels Schriftsatzes gemäß § 335 Ziffer 3 notwendig[91]). Die übrigen Voraussetzungen des Versäumnisurteils bei der Anschlußberufung sind die gleichen wie bei der Berufung, so daß auf diese Bezug genommen werden kann. Die Anschließung kann sich auch auf eine Klagänderung nach dem § 268 Ziffer 2 und 3 und § 529 Abs. 4 Z.P.O. erstrecken[92]). Das Versäumnisurteil gegen den Berufungskläger als Anschlußberufungsbeklagten ist nach § 542 Abs. 2 Z.P.O. zu erlassen.

§ 11. Das Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz.

Für das Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz ist eine besondere Regelung nicht getroffen, so daß gemäß § 557 Z.P.O. die in erster Instanz vor den Landgerichten geltenden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, also nicht die Vorschriften, die für das Berufungsverfahren vor den Landgerichten gelten, sondern die §§ 330 ff. Z.P.O., mithin auch der § 335 Ziffer 3. Eine andere, des näheren noch zu prüfende Frage ist die, ob für die Anwendung des § 335 Ziffer 3, dessen Gültigkeit in der Revisionsinstanz außer Zweifel steht, noch Raum ist. Die Anwendbarkeit von Bestimmungen der Berufung hinsichtlich des Versäumnisverfahrens ist gemäß § 566 Z.P.O. nur auf die Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile, § 513 Z.P.O., erstreckt, während sich die Verfahrens-

91) RG. 8/382; 103/125.
92) RG. 86/239.

vorschriften nach § 557 richten. Hieraus ergibt sich, daß bei Säumnis des Revisionsbeklagten nicht der beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten geltende § 542 Abs. 2 Z.P.O. Anwendung findet, sondern daß die Rechtslage bei Säumnis des Revisionsbeklagten nach § 331 Z.P.O. zu beurteilen ist[93]). Voraussetzung des Erlasses des Versäumnisurteils ist jedoch Zulässigkeit der Revision; diese Prüfung hat gemäß § 554a Z.P.O. von Amts wegen zu erfolgen und entspricht der Prüfung der Zulässigkeit der Berufung nach § 519b Z.P.O. Sie kann ohne vorherige mündliche Verhandlung durch Beschluß erfolgen. Wird die Zulässigkeit verneint, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. Ist über die Zulässigkeit der Revision noch nicht durch Beschluß entschieden, so ist dieselbe in der mündlichen Verhandlung zu prüfen. Ergibt die Prüfung Unzulässigkeit der Revision, so ist sie durch Urteil und zwar durch kontradiktorisches Versäumnisurteil zu verwerfen; Wird das angefochtene Urteil gebilligt, so wird die Revision als unbegründet zurückgewiesen. Ergibt die Prüfung der Formalien keine Bedenken gegen die Zulässigkeit und Begründetheit der Revision, so sind weiter die Voraussetzungen des Versäumnisurteils zu prüfen. Erst wenn ihr Vorliegen bejaht wird, kann das Versäumnisurteil ergehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, ob neue Tatsachen vorgebracht werden oder nicht. Bringt der Revisionskläger keine neuen Tatsachen zur Unterstützung seines Revisionsangriffes vor, so ist nach Maßgabe des § 331 Z.P.O. zu prüfen, ob der im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellte Sachverhalt den Revisionsangriff rechtfertigt[94]). Ist dies nicht der Fall, so wird die Revision verworfen. Das ergehende Urteil ist kein echtes Versäumnisurteil, da es nicht auf Grund, sondern trotz der Säumnis des Revisionsbeklagten ergeht. Anders liegt der Fall, wenn neue Tatsachen vorgebracht werden. Hier ist zunächst darzulegen, inwieweit in der Revisionsinstanz das

93) RG. 3/193.
94) RG. 3/196.

Vorbringen neuer Tatsachen überhaupt zulässig ist. Das Vorbringen von neuen Tatsachen ist gemäß §§ 554 Abs. 3 Nr. 2b und 561 Abs. 1 Satz 2 nur insoweit gestattet in der Revisionsinstanz, wie sich aus ihnen die Mängel des Verfahrens ergeben, auf die die Revision gestützt wird. Das Vorbringen anderer, neuer Tatsachen, die zur Begründung eines sonstigen Angriffs oder Verteidigungsmittels dienen, bleibt unberücksichtigt[95]), so daß neue Anträge auf Klagerweiterungen und Klagänderungen auch mit Einwilligung des Gegners unzulässig sind[96]). Die zulässigen neuen Tatsachen müssen in der Begründungsschrift oder in rechtzeitigen Nachträgen dazu enthalten sein, um berücksichtigt zu werden, §§ 554, 559 Z.P.O. Die Nachträge sind rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Begründungsfrist des § 554 Abs. 2 Z.P.O. bei Gericht eingehen. Hinsichtlich dieser Tatsachen kommt der § 335 Ziffer 3 nicht zur Anwendung, da diese Tatsachen zu ihrer Berücksichtigung schon in der Revisionsbegründungsschrift[97]) enthalten sein müssen, die dem Revisionsbeklagten gemäß § 554 Abs. 5 Z.P.O. in Verbindung mit § 553a Abs. 2 Satz 1 Z.P.O. von Amts wegen zuzustellen ist. Die zulässigen neuen Anführungen des Revisionsklägers sind gemäß § 331 Z.P.O. als zugestanden anzunehmen und, soweit dadurch nicht das in dem angefochtenen Urteil festgestellte Sachverhältnis alteriert wird, dieses der Entscheidung zugrunde zu legen[98]). Die Annahme des Geständnisses in der Re-

---

95) Kleinfeller, § 122 II.

96) Ausnahmen lediglich in den besonderen Fällen der §§ 302, 600, 717, 614, 240 ZPO.

97) Ist die Revisionsbegründung schon in der Revisionsschrift enthalten, so gilt das gleiche, da gemäß § 553*a*, Abs. 2 S. 1 die Revisionsschrift auch von Amtswegen zuzustellen ist.

98) Mot. III 328; Stein-Jonas, § 566 III 2; a. A. Planck, 2/555; Hellwig, Syst. I 8/56; Rosenberg, § 149 IV 2*ba*, nach dem alle neuen Tatsachen nicht als zugestanden angesehen werden können, da sie von

visionsinstanz erstreckt sich jedoch nur auf solche Tatsachen, die nicht von Amts wegen zu prüfen sind.

Werden nicht neue Tatsachen vorgebracht, sondern nur bereits in der Berufungsinstanz verhandelte wiederholt, so hat das Revisionsgericht auf sie nur einzugehen, wenn diese Tatsachen entweder im Berufungsurteil festgestellt sind oder sich aus dem Sitzungsprotokoll ergeben, § 561 Abs. 1 Satz 1 Z.P.O. Ferner gehören hierher solche Tatsachen, die in einer dem Berufungsurteil vorangegangenen Entscheidung festgestellt sind, soweit diese der Revision unterliegen, § 548 Z.P.O. Es ist vom Revisionsgericht zu prüfen, ob nach dem festgestellten Sachverhalt der Revisionsantrag gerechtfertigt ist. Diese Tatsachen brauchen auch nicht gemäß § 335 Ziffer 3 mitgeteilt werden, da sie sich ebenfalls aus der Revisionsschrift bzw. Revisionsbegründungsschrift ergeben.

Handelt es sich um Tatsachen[99]), die von Amts wegen zu prüfen sind, weil die Gültigkeit des Verfahrens in der Revisionsinstanz von ihnen abhängt, so hat das Revisionsgericht auch die Prüfung der dafür maßgebenden Tatsachen auszuüben, deren Vortrag der Partei zusteht, und die nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen sind[100]). Die Partei ist nötigenfalls zum Vortrag und Beweis vom Gericht anzuhalten. Da auf die von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen das Ausbleiben des Revisionsbeklagten keinen Einfluß hat, bedürfen diese Tatsachen nicht der Mitteilung des § 335 Ziffer 3. Vermag der erschienene Revisionskläger die erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen, so ist nicht gemäß § 335 Ziffer 3, sondern gemäß § 335 Ziffer 1 Z.P.O. der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Revisionsbeklagten zurückzuweisen. Ist der

---

Amtswegen zu prüfen sind und auf ihre Feststellung daher, soweit sie überhaupt beweisbedürftig sind, das Parteiverhalten keinen Einfluß übt.

99) RG. 58/370.

100) Hellwig I, S. 856; Stein-Jonas, § 561, Anm. IV.

erforderte Nachweis erbracht, so ist endlich zu prüfen, ob die Tatsachen zusammen mit dem im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellten Sachverhalt den Revisionsantrag rechtfertigen.

Da andere Tatsachen nicht berücksichtigt werden, ist nur noch auf die Parteianträge nach § 559 S. 1 Z.P.O. einzugehen. Diese bilden die Grenze für die Prüfung des Revisionsgerichts und es sind darunter alle die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz nach § 557 mit § 278 Z.P.O. gestellten Anträge zu verstehen. Diese Anträge können Sachanträge beliebigen Inhalts sein [101]), soweit sie nicht mit dem § 554 Z.P.O. in Konflikt kommen [102]). An die schriftlich gestellten Anträge ist der Revisionskläger nicht gebunden, da der § 554 Abs. 6 nur für die Revisionsgründe, nicht für die Revisionsanträge gilt. Bei diesen Sachanträgen greift bei Säumnis des Revisionsbeklagten der § 335 Ziffer 3 wieder Platz, d. h. der Revisionskläger muß, wenn er ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten begehrt, diesem den Sachantrag rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt haben, da sonst Zurückweisung erfolgt. Ist die Mitteilung geschehen, so muß weiter das festgestellte Sachverhältnis den Revisionsantrag begründen.

Wird dem Antrag des Revisionsklägers stattgegeben, so ist das zu erlassende Urteil immer ein echtes Versäumnisurteil, andernfalls liegt ein kontradiktorisches Urteil vor [103]).

Aus dieser Darlegung des Versäumnisverfahrens in der Revisionsinstanz ergibt sich, daß der § 335 Ziffer 3, die vorherige rechtzeitige Mitteilung mittels Schriftsatzes des tatsächlichen mündlichen Vorbringens, als Voraussetzung für den Erlaß des Versäumnisurteils nur im beschränkten Umfange Anwendung fin-

---

101) RG. 66/205.

102) Stein-Jonas, § 559, Anm. 2; Förster-Kann, § 559, Anm. 2.

103) Stein-Jonas, § 566 III 2.

det, da für das Vorbringen von neuen Tatsachen besondere Vorschriften getroffen sind. Nach diesen ist das Vorbringen von neuen Tatsachen nur insoweit zulässig, wie sie in der Revisionsbegründungsschrift enthalten sind. Da diese Revisionsbegründungsschrift gemäß §§ 554 Abs. 5, 553a Abs. 2, von Amts wegen der Gegenpartei zuzustellen ist, ist eine besondere Mitteilung nach § 335 Ziffer 3 an den Gegner nicht als notwendig zu erachten. Hinsichtlich der von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen ist eine Mitteilung nach § 335 Ziffer 3 auch nicht erforderlich, da die Entscheidung über solche Tatsachen ohne Rücksicht auf die Säumnis einer Partei ergeht. Der § 335 Ziffer 3 kommt in der Revisionsinstanz lediglich bei Sachanträgen des Revisionsklägers gegen den säumigen Beklagten in Betracht, sofern diese nicht etwa schon unter das tatsächliche mündliche Vorbringen fallen oder von Amts wegen zu prüfen sind. Hier muß der Revisionskläger die vorherige rechtzeitige Mitteilung mittels Schriftsatzes nachweisen, wenn er das Versäumnisurteil erlangen will.

Wird die Revision zurückgenommen, so gelten nach § 566 Z.P.O. die Vorschriften der Zurücknahme der Berufung entsprechend, so daß das bezüglich des § 335 Ziffer 3 dort Gesagte, auch für die Revision Geltung hat.

Im Falle der Anschließung an die Revision gelten gemäß § 556 Z.P.O. bei Versäumnis eines Termins durch die Parteien die Vorschriften beim Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz entsprechend, so daß diese nicht noch einmal dargelegt zu werden brauchen.

§ 12. Das Versäumnisverfahren bei Ehesachen.

Für das Versäumnisverfahren in Ehesachen gelten die besonderen Vorschriften des § 618 Z.P.O., die hier nur insoweit untersucht werden sollen, wie sie für den § 335 Ziffer 3 von Bedeutung sind.

Da der § 335 Ziffer 3 nur bei Säumnis des Beklagten Platz greift, können die Vorschriften bezüglich der Säumnis des Klägers auch bei Ehesachen außer Acht gelassen werden. Das Verfahren bei Säumnis des Beklagten steht im Gegensatz zum Versäumnisverfahren bei gewöhnlichen Prozessen, da gegen den Beklagten kein Versäumnisurteil, sondern nur ein kontradiktorisches Urteil nach § 618 Abs. 5 Z.P.O. ergehen kann; es spielt sich folgendermaßen ab: Erscheint der Beklagte im ersten Termin nicht, so findet gemäß § 618 Abs. 2 Z.P.O. keine Verhandlung statt. Neuer Termin wird nicht auf gerichtliche Veranlassung anberaumt, sondern der Kläger hat den Beklagten zu dem vom Gericht anzusetzenden Termin zu laden. Der Beklagte wird als nicht erschienen behandelt, wenn er ohne Rechtsanwalt auftritt; das gleiche gilt, wenn der Rechtsanwalt zwar erscheint, aber nicht verhandelt; der § 333 Z.P.O. findet hier entsprechende Anwendung [104]). Bleibt der Beklagte im zweiten Termin aus, so findet, da ein Versäumnisurteil gegen ihn nicht ergehen kann, eine einseitige Verhandlung des Klägers statt, die als kontradiktorisch gilt. Das auf diese Verhandlung ergehende Urteil ist daher nicht mit Einspruch, sondern mit Berufung anzufechten. Es fragt sich hierbei, inwieweit das tatsächliche mündliche Vorbringen und die Sachanträge des erschienenen Klägers für das Urteil zu berücksichtigen sind, mit andern Worten, ob der § 335 Ziffer 3 Z.P.O. hier überhaupt Anwendung finden kann, da es sich bei dem ergehenden Urteil nicht um ein Versäumnisurteil handelt. Unmittelbare Anwendung kann der § 335 Ziffer 3 in Ehesachen nicht finden, da das Urteil ein streitiges Endurteil ist. Die Vorschrift des § 618 Abs. 5 Z.P.O. ist lediglich zum Schutz des Beklagten getroffen, den man vor den Folgen seiner Säumnis bewahren wollte. Dieser Schutz erfordert es aber auch, daß der Beklagte nicht schlechter gestellt wird als beim gewöhnlichen Versäumnisver-

104) Stein-Jonas, § 618, Anm. 2; RG. 35/345.

fahren. Ist beim gewöhnlichen Versäumnisverfahren der Erlaß des Versäumnisurteils davon abhängig, daß der Kläger sein tatsächliches mündliches Vorbringen und seine Sachanträge dem Beklagten vorher rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitteilt, und wird dann geprüft, inwieweit dieses Vorbringen den Klagantrag rechtfertigt, so ist beim Versäumnisverfahren bei Ehesachen — abgesehen davon, daß hier das tatsächliche Vorbringen als wahr unterstellt wird, § 331 Z.P.O. hier also keine Anwendung findet — entsprechend zu verfahren, d. h. der Kläger muß auch hier dem Beklagten die gegen ihn gestellten Sachanträge rechtzeitig vor dem Termin mittels Schriftsatzes mitteilen [105]). An diesem Erfordernis ist festzuhalten, trotzdem in Ehesachen eine Versäumnisfolge gegen den Beklagten nicht eintritt. Die rechtzeitige Kenntnis der gegen ihn gestellten Sachanträge ist deshalb erforderlich, damit der Beklagte entscheiden kann, inwieweit er sich auf den Prozeß einlassen soll. Somit findet § 335 Ziffer 3 bei Erlaß des kontradiktorischen Urteils nach § 618 Abs. 5 Z.P.O. entsprechende Anwendung, d. h. der Kläger hat dem Beklagten die Sachanträge rechtzeitig mitzuteilen.

Dieselben Vorschriften gelten auch für die Widerklage in Ehesachen. Wohl kann die Widerklage gemäß § 281 Z.P.O. in Abwesenheit des Gegners erhoben werden, die die Widerklage betreffenden Sachanträge aber bedürfen entsprechend den Sachanträgen bei der Klage der Mitteilung nach § 335 Ziffer 3. Die einseitige Verhandlung über die Widerklage erfolgt, wenn sie in Anwesenheit des Gegners erhoben worden ist, erst in dem folgenden Termin. Es ist hierbei zu berücksichtigen, daß ein Teilurteil über Klage oder Widerklage nicht zulässig ist, sondern beide zusammen entschieden werden müssen [106]). Hieraus ergibt sich, daß, nachdem der Gegner einen Antrag zur Klage oder

105) RG. 88/66; Stein-Jonas, § 618, Anm. 2.
106) RG. 110/135.

Widerklage gestellt hat, bis zur Entscheidungsreife des ganzen Rechtsstreits nach den oben dargelegten Grundsätzen zu verfahren ist.

In der Berufungs- und Revisionsinstanz ist es zulässig, beim Ausbleiben des Beklagten, in dem ersten auf die Berufung resp. Revision anberaumten Termin mündlich zu verhandeln und zu entscheiden [107]), da sich der § 618 Abs. 2 Z.P.O. nur auf den ersten Verhandlungstermin nach Einreichung der Klage bezieht. Der § 618 Abs. 5 Z.P.O., nach dem ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten unzulässig ist, gilt in der Berufungs- und Revisionsinstanz nur für die Partei, die in erster Instanz Beklagter war. Hieraus ergibt sich, daß beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten für den Fall, daß er in erster Instanz Kläger war, ein Versäumnisurteil gemäß § 542 Abs. 2 Z.P.O. gegen ihn erlassen werden kann [108]); die Bedeutung des § 335 Ziffer 3 in diesem Rahmen ist die gleiche wie bei der gewöhnlichen Berufung; der § 335 Ziffer 3 findet hier direkte Anwendung. War der Berufungsbeklagte jedoch in erster Instanz auch Beklagter, so kann ein Versäumnisurteil gegen ihn nicht ergehen; § 542 Abs. 2 findet also keine Anwendung. Es findet dann einseitige Verhandlung entsprechend derjenigen der ersten Instanz statt, wobei der § 335 Ziffer 3 wiederum entsprechend anzuwenden ist.

Ist in der Revisionsinstanz der Beklagte ausgeblieben, so kommt, da § 542 Abs. 2 in der Revisionsinstanz keine Geltung hat, es darauf an, ob er in der ersten Instanz Kläger oder Beklagter war. Im ersten Fall kommen gemäß § 557 Z.P.O. die Versäumnisvorschriften der ersten Instanz zur Anwendung, so daß im Falle der Rechtfertigung des Revisionsangriffes Versäumnisurteil ergeht. In diesem Falle findet der § 335 Ziffer 3, soweit überhaupt in der Revisionsinstanz Raum für ihn ist, direkte Anwendung. Im

---

107) RG. 9/393.
108) RG. 28/393.

zweiten Fall greift § 618 Abs. 5 wiederum Platz, so daß die einseitige streitige Verhandlung stattfindet. Der § 335 Ziffer 3 kann hier nur wieder entsprechende Anwendung finden [109]).

---

109) Baumbach, § 618, Anm. *D*; Förster-Kann, § 618, Anm. 4 *d dd*; a. A. Stein-Jonas, § 618, Anm. 4; Seuffert, § 618, Anm. 8.